

InDret

Directiva 1999/44/CE sobre determinats aspectes de la venda i les garanties del bens de consum: una perspectiva econòmica

Fernando Gómez
Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Barcelona, Octubre 2001

www.indret.com

Sumari

- **Introducció**
- **Teoria econòmica de les garanties**
 1. La funció asseguradora
 2. La funció de senyalització de qualitat
 3. La funció de reducció del risc de defecte
- **Les principals decisions legislatives de la Directiva**
 1. Àmbit d'aplicació
 2. Conformitat amb el contracte
 3. Accions
 4. Durada
 5. Garanties contractuals
 6. Naturalesa imperativa o immodificable de la garantia legal
- **Conclusió**
- **Bibliografia**

• Introducció

La Directiva 1999/44/CE constitueix la manifestació més destacada de l'esforç de la legislació comunitària en la protecció del consumidor en matèria contractual, en la direcció oberta per altres Directives com poden ser la Directiva sobre contractes celebrats fora dels establiments mercantils, la Directiva sobre clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors o la Directiva sobre contractes negociats a distància. Tanmateix, la Directiva de 1999 comportarà, amb alta probabilitat, un impacte major, més nou, i de més volada sobre els Drets privats vigents en els Estats membres, impacte que no es va fer palès en l'adaptació de les anteriors Directives a les legislacions nacionals. No obstant això, no serà aquest eventual sever impacte¹ l'objecte d'aquest treball. Tractaré principalment de les conseqüències econòmiques de les regles que contempla la Directiva.

La Directiva 1999/44/CE, en un sentit ampli, regula la qualitat i la seva falta en les vendes de consum i, en particular, els drets legals del consumidor en cas de falta de conformitat (també entesa de manera àmplia) del producte. Aquestes matèries han estat objecte d'una considerable atenció teòrica per l'Economia de l'últim quart de segle. El propòsit d'aquest treball és mostrar com la teoria econòmica del contracte i de la informació i, més específicament, la teoria econòmica de les garanties serveixen per a il·luminar la forma en què les previsions legals contemplades a la Directiva afecten el comportament i el benestar de venedors i consumidors.

En l'anàlisi que segueix, la Directiva 1999/44/CE és considerada punt de partida inexcusable. Precisament per això, no hi haurà cap anàlisi preliminar sobre les possibles justificacions per a l'harmonització jurídica en general, ni sobre les particularitats de l'harmonització del Dret Privat a la Unió, ni, per últim, tampoc sobre les intervencions legislatives de la CE². Tampoc no seran estudiats els possibles motius que poden fer de suport a la protecció jurídica general dels consumidors ni, més genèricament, el paternalisme jurídic com a opció de política jurídica. Únicament aquells extrems referits directament a la discussió de les normes de la Directiva dedicades als drets dels consumidors en els contractes de compravenda seran objecte d'atenció.

El treball està organitzat de la manera següent: la Secció I presenta de forma breu la teoria econòmica de les garanties i els seus tres aspectes bàsics (assegurança, senyalització i incentius a la qualitat i a la reducció del risc). La Secció II analitza, amb l'ajuda de la teoria econòmica abans exposada, les principals decisions legislatives contingudes a la Directiva

¹ Per una anàlisi dels efectes probables de la Directiva 1999/44/CE sobre el Dret privat de diversos Estats membres de la UE, vegeu Grundmann/Medicus/Rolland (2000).

² Sobre aquestes matèries, des d'una perspectiva econòmica, vegeu Kirchner (1998) i (2000), Kerber (2000), Cooter (2000), p.136.

1999/44/CE, en concret, aquelles que es refereixen a l'àmbit d'aplicació, al concepte de falta de conformitat i el sistema associat de presumpcions i de càrrega de la prova, a les accions previstes, a la durada dels drets dels consumidors, a les garanties contractuals i al caràcter imperatiu de les normes de la Directiva. Finalment, la Secció III presenta les conclusions.

- **Teoria econòmica de les garanties**³

Els economistes, seguint substancialment l'ús jurídic nord-americà, utilitzen el nom de *warranty* per a denominar el conjunt de remeis jurídics (ja es fonamentin directament en normes legals o en clàusules contractuals) exercitables pel comprador d'un determinat bé contra el venedor⁴ en cas que el producte es reveli defectuós, inadequat o de qualsevol altra manera no conforme al convingut. La literatura econòmica ha demostrat que les garanties compleixen (i han de complir, quan són presents les condicions apropiades) tres propòsits o funcions diferents. Aquestes tres funcions seran presentades succintament en les següents subseccions.

1. La funció asseguradora

La garantia és una forma de pòlissa d'assegurança en què el venedor actua com a assegurador. Des del punt de vista del comprador, el defecte en el producte o el seu mal funcionament suposen un fet incert i indesitjable. Si existeix aversió al risc⁵, el comprador desitjarà, sempre que sigui possible, aconseguir la cobertura d'una assegurança enfront d'aquest eventual fet advers, de manera no molt diferent de com desitjaria protegir-se contra altres fets, com ara, accidents, malalties, robatoris, etc. Una garantia compleix amb aquest propòsit en la mesura que garanteix al comprador que les conseqüències negatives del mal funcionament del producte queden superades per mitjà de reparació, substitució o devolució del preu pel venedor en els termes de la garantia. És obvi que la reparació, la substitució o la devolució del preu impliquen un cost per al venedor. Per això, la garantia comportarà, en bona lògica, un augment proporcional del preu. El comprador advers al risc, tanmateix, prefereix afrontar aquest augment en el preu i obtenir a canvi la cobertura d'assegurança que li ofereix la garantia⁶. Des del punt de vista de la distribució òptima del

³ Revisions molt útils de la literatura són Emons (1989b) i Wehrt (2000). Vegeu també Schäfer/Ott (2000), p. 437 i Parisi (2001).

⁴ En aquest context, la literatura econòmica utilitza els termes *venedor* i *productor* de forma quasi intercanviable. No perquè els economistes no siguin conscients del fet que el fabricant (productor) i el detallista (venedor, en el sentit legal) no coincideixen habitualment, sinó simplement perquè la distinció, rellevant a efectes jurídics, és més aviat intrascendent per a la teoria econòmica de les garanties.

⁵ Sobre els conceptes d'avversió al risc i neutralitat front al risc, vegeu Schäfer/Ott (2000).

⁶ Això no significa que tot venedor d'un producte o servei desitgi oferir aquesta cobertura d'assegurança, ni que el comprador desitgi obtenir-la del venedor. Per exemple, els metges no ofereixen assegurances de salut als seus pacients. En molts casos, una assegurança obtinguda directament d'una companyia asseguradora seria més atractiva per al comprador. Però és cert per a molts productes que el món real ens

risc o de l'assegurança, si el venedor és neutral front el risc, la cobertura que proveeix la garantia ha de ser total o completa⁷. Pel cas en què el venedor sigui advers al risc, la cobertura òptima per a ambdues parts no serà completa, sinó parcial, ja que les dues preferiran afrontar una part dels efectes negatius de la inadequació del producte⁸.

2. La funció de senyalització de qualitat

Quan (com és raonable assumir) el nivell de qualitat d'un bé es correlaciona negativament amb la propensió a presentar defectes, la garantia serveix com un instrument per a què els venedors de béns d'alta qualitat comuniquin aquesta característica als consumidors en aquelles circumstàncies en què aquests no són capaços d'identificar la qualitat del producte abans de la seva adquisició. Suposem que existeixen dos tipus de venedors, d'alta i de baixa qualitat, i que els productes del primer grup són més costosos de produir, però també menys propensos a presentar defectes. Davant d'un venedor individual en una possible transacció, els compradors no són capaços d'identificar el grup al qual pertany el venedor. En absència de garanties o d'altres mecanismes per a superar aquesta asimetria d'informació⁹, els béns d'alta qualitat es veuran desplaçats del mercat: atesa la falta d'informació dels compradors, aquests no estaran disposats a pagar més que per una qualitat mitjana (el promig ponderat entre alta i baixa qualitat), preu al qual els venedors d'alta qualitat seran probablement reacs a vendre. Coneixent per endavant que els béns d'alta qualitat no s'oferiran, els compradors només estaran interessats a pagar per una qualitat baixa i això és precisament el que obtindran¹⁰.

No obstant això, l'ús de garanties per part dels venedors d'alta qualitat pot superar aquesta indesitjable situació. Les garanties poden servir com a senyals fiables d'alta qualitat. Les garanties traslladen els costos derivats de la inadequació del producte o del seu mal funcionament des dels compradors als venedors. Els costos esperats de la cobertura de la garantia, per a tots els nivells d'aquesta, són inferiors pels venedors d'alta qualitat que pels

mostra que les assegurances en forma de garanties són adquirides lliurement i voluntària pels compradors dels seus venedors.

⁷ Una cobertura total d'assegurança significa que, donat aquest nivell de cobertura, la utilitat de la persona assegurada serà la mateixa amb o sense el fet advers, en aquest cas, la falta de conformitat del producte.

⁸ Parisi (2000), p. 12, contempla així mateix la distribució del risc mitjançant garanties quan el comprador és neutral enfront del risc. Com també és cert en relació amb la distribució del risc mitjançant remeis contractuals en una situació contractual general [vegeu Polinsky (1983)], quan el venedor és advers al risc i el comprador és neutral enfront del risc, la cobertura òptima de la garantia és zero. Quan ambdós són neutrals enfront del risc, qualsevol cobertura de la garantia, des de zero fins a la cobertura total, és igualment òptima.

⁹ La informació és asimètrica entre les parts del contracte perquè els venedors coneixen el grup a què pertanyen però els compradors l'ignoren.

¹⁰ Aquest és el conegut resultat del *mercat de llimones*, exposat per primera vegada per Akerlof (1970). Si haguéssim suposat una distribució contínua de tipus de venedors, el mercat s'hauria col·lapsat per complet i els béns no s'haguessin pogut vendre.

de baixa qualitat, ja que els productes dels primers són menys propensos a fallar o a no satisfer les expectatives dels consumidors que els dels venedors de baixa qualitat. Per això, sempre existirà un nivell de cobertura de la garantia que els venedors d'alta qualitat podran oferir amb benefici (o, almenys, sense incórrer en pèrdues), però que no podrà ser ofert pels venedors de baixa qualitat al mateix preu, a no ser que incorrin en pèrdues (recordeu que oferir la cobertura d'una garantia és sempre més costós pels venedors de baixa qualitat ja que els seus productes fallen més). Oferint el producte amb un nivell de cobertura de la garantia que no poden imitar els venedors de baixa qualitat, els venedors d'alta qualitat comunicaran de forma creïble als consumidors que el seu producte pertany al tipus de qualitat alta¹¹.

La cobertura de la garantia no funciona en aquest cas com un mecanisme d'assegurança¹². Encara que els compradors fossin neutrals enfront del risc, els venedors d'alta qualitat estarien disposats a oferir aquest nivell de cobertura de la garantia que els permetés identificar-se i distingir-se dels seus homòlegs de baixa qualitat¹³.

Es fa ara necessària una darrera precisió per cloure aquesta subsecció. Es refereix a la percepció de riscos per part dels consumidors. Les garanties s'oferiran com a senyals d'alta qualitat sempre que els compradors no infravalorin els riscos d'inadequació del producte, de mal funcionament o de falta de conformitat amb el contracte. Quan els consumidors, en canvi, valoren incorrectament els riscos, les garanties no seran ofertes o les que s'oferiran no seran les socialment desitjables¹⁴. Per exemple, per a aquells consumidors que no tinguin en compte el risc d'inadequació del producte (en altres paraules, que percebin el risc com a inexistent) el valor de la garantia és zero. No desitjaran pagar ni una pesseta més en el preu a canvi de la cobertura de la garantia, si bé la cobertura en realitat suposa un cost

¹¹ Un aclariment tècnic no hi és de més en aquest moment, especialment per a aquells que puguin desconfiar quan els venedors gaudeixen d'un cert grau de poder de mercat: aquesta funció de senyalització pròpia de les garanties s'aprecia molt més clarament encara a les estructures de mercat monopolístiques [Grossman (1981)] o oligopolístiques [Gal-Or (1989)] que als mercats competitius.

¹² És obvi que si, en les circumstàncies descrites abans, el comprador es advers al risc, la garantia funciona tant com un instrument de senyalització com un instrument d'assegurança. Com era d'esperar (vegeu *supra* subsecció I.1.), l'aversion al risc per part del comprador comporta un augment en la cobertura òptima de la garantia respecte del nivell que seria òptim en la seva absència (*id est*, la cobertura completa serà el nivell òptim de la garantia que oferiran els venedors d'alta qualitat).

¹³ Això no vol dir que la funció de senyalització i d'identificació col·lisioni amb la funció d'assegurança. El fet que un comprador neutral enfront del risc rebi cobertura mitjançant la garantia, com a conseqüència de la tendència del venedor a senyalitzar la qualitat no significa que aquesta cobertura sigui indesitjable des del punt de vista de la distribució del risc o l'assegurança. Com s'ha indicat anteriorment (*supra*, nota 7), quan el comprador i el venedor són neutrals enfront del risc, qualsevol nivell de cobertura (inclosa una cobertura zero i una cobertura completa) és òptim des de la perspectiva de la distribució del risc, per això no existeix una pèrdua d'eficiència en aquest cas quan la garantia s'ofereix per raons de senyalització de qualitat.

¹⁴ Vegeu Spence (1977), Shavell (1987), p. 61, i Wehrt (2000).

per al venedor que l'ofereix (per aquesta raó, el venedor necessitarà augmentar a canvi el preu del producte per a no patir pèrdues). En conseqüència, no s'oferiran garanties.

No m'entretindré més, per ara, en aquesta important qüestió de la infravaloració de riscos per part dels consumidors. La reprendré quan tracti de la seva possible incidència sobre la regulació legal dels drets del consumidor pel cas d'inadequació del producte o falta de conformitat¹⁵.

3. La funció de reducció de risc de defecte

Encara no s'ha fet referència, en relació amb la funció econòmica de les garanties com a instruments d'assegurança i de senyalització, al fet que els venedors¹⁶ o, eventualment els compradors, poden influir amb el seu comportament en la probabilitat i/o la magnitud de la inadequació del producte i en les seves conseqüències negatives. La funció de l'assegurança se sustenta en el fet que el defecte en el producte suposa un esdeveniment incert i negatiu per al comprador. I per a la senyalització se suposa, ordinàriament, que la qualitat de qualsevol venedor determinat està fixada i que no pot fer-se res per a millorar-la i, així, reduir els costos esperats de la inadequació del producte o del seu mal funcionament.

De fet, existeixen pocs dubtes que, en realitat, el venedor pugui afectar tant la probabilitat com la magnitud del mal funcionament del producte. El disseny, la construcció, la força, la fiabilitat i la durabilitat, entre d'altres característiques, de cert producte poden ser millorades pel venedor, encara que totes impliquin òbviament un cost. Les obligacions legals que la garantia imposa sobre el venedor l'indueixen a preocupar-se sobre la qualitat del producte: si es disminueix la qualitat poden reduir-se els costos de producció, però també s'augmenten simultàniament els costos associats a les obligacions de la garantia que ha de suportar el venedor i, per tant, es produeixen incentius per a invertir en reducció del risc de defecte del producte i millora de la qualitat. En paraules de Priest, la garantia opera com un vincle de compliment¹⁷.

¹⁵ Vegeu *infra*, subsecció II.6

¹⁶ Durant el que resta d'aquesta secció es continuarà utilitzant el terme venedor per a referir-se tant al venedor final en el sentit de part del contracte de compravenda amb el comprador-consumidor com, quan no coincideixen, a altres parts necessàries per a que el producte arribi a aquesta fase del contracte de compravenda, específicament, el productor del bé i, eventualment, el majorista. És cert que habitualment és el productor (fabricant) qui pot condicionar més directament el risc de defecte en el producte. Però els majoristes i els minoristes poden també, en molts casos i fins a cert punt, afectar (mitjançant l'entrega, conservació, emmagatzemat, instal·lació, etc.) la probabilitat que succeeixi i la gravetat dels seus resultats. De totes formes, fins i tot quan no sigui aquest el cas, es parlarà simplement de venedor, tractant ambdós (venedor i productor) com si estiguessin integrats verticalment, o com si les seves relacions contractuals conduïssin materialment a aquest efecte.

¹⁷ Priest (1981), p. 1309.

Les garanties no són l'única solució possible per a proporcionar incentius a la reducció del risc de mal funcionament del producte. Fins i tot en absència de garanties, existeixen altres incentius que actuen en la mateixa direcció i poden, eventualment, permetre abastar el mateix resultat. Quan els consumidors estan perfectament informats sobre el risc d'inadequació del producte o del seu mal funcionament, els venedors tenen els incentius apropiats per a prestar una determinada qualitat i fiabilitat del producte: quan el coneixement dels consumidors sobre la probabilitat i la magnitud d'incórrer en costos (derivats de la necessària reparació o substitució del producte defectuós) sigui perfecte, afegiran aquest cost esperat al preu de mercat del producte. La disposició dels compradors a pagar pel producte es veurà reduïda si el venedor menteix sobre la qualitat, ja que anticipa que s'incrementaran els costos, que suporten en absència de la cobertura d'una garantia, derivats de la inadequació del producte. I això proporciona al venedor els incentius adequats per a oferir qualitat¹⁸.

La reputació (o millor dit, la seva pèrdua) és també una poderosa font d'incentius per a invertir en qualitat i en reducció de riscos¹⁹. La reputació pot funcionar efectivament com un obstacle al comportament oportunista dels venedors quan el comprador realitzarà adquisicions repetides d'un únic venedor. Però també ho serà encara que la compra repetida per un únic consumidor no sigui un fet freqüent, sempre i quan la informació sobre la pèrdua de la reputació es transmeti amb rapidesa i facilitat a altres possibles compradors²⁰.

Això no obstant, és innegable que les garanties realment proporcionen incentius seriosos i immediats als venedors per al manteniment de la qualitat i per a la reducció de riscos d'inaptitud o mal funcionament del producte. Aquest positiu efecte incentivador hauria, en principi, d'advocar per una garantia àmplia i generosa: com més completa sigui la garantia més fort serà l'incentiu directe al control de la qualitat i a la prevenció del risc de defecte.

Els inconvenients de la proposició anterior deriven del fet que els costos esperats de la inadequació del producte no només són influenciats pel venedor. El comprador es troba, almenys en moltes circumstàncies, en una posició que li permet afectar la probabilitat que el producte no funcioni adequadament, així com la naturalesa i la magnitud de les conseqüències negatives d'aquesta anomalia. Com més desaturada sigui la utilització del producte pel consumidor o com més intens sigui el seu ús, major serà la probabilitat que el

¹⁸ Shavell (1987), p. 52.

¹⁹ Per aquestes idees de salvaguarda de qualitat en el mercat, vegeu Klein/Leffler (1981) i Arruñada (2001).

²⁰ Aquest efecte és particularment fort quan el venedor ha incorregut en grans despeses de publicitat. Si el venedor disminueix la qualitat, la bona reputació, tan àrduament llaurada per les campanyes de publicitat, desapareixerà ràpidament (tots els diners invertits en publicitat són inútils després que desaparegui la reputació), i els consumidors acudirán a les marques competidores un cop es coneguin les notícies sobre la inferior qualitat (de fet, com més popular sigui una marca, més ràpida serà la reacció dels consumidors). Les despeses en publicitat constitueixen, en aquest sentit, una forma indirecta de vincle de compliment que opera de forma molt semblant a les garanties.

producte falli o deixi de funcionar com s'esperava, i major serà la gravetat de l'avaria, si succeeix. Quan la garantia és completa, el consumidor és indiferent al destí del producte, perquè els efectes adversos del defecte (cost de reparació o substitució) es desplacen al venedor per virtut de la garantia²¹. Posat que una utilització curosa i un ús menys intens del producte resulten costosos per al consumidor i que, d'altra banda, no suporta cap cost en cas de mal funcionament del producte en existir la garantia, no existeixen incentius per a desplegar un comportament prudent que redueixi el risc. Aquest és un típic problema de risc moral²².

Si un comportament no apropiat per part del consumidor en relació amb el producte fos verificable per una autoritat externa (típicament, per un tribunal), es podria mantenir encara una garantia completa sense haver de preocupar-nos massa pels incentius (o la falta d'aquests) del comprador. La cobertura de la garantia es podria fer dependre de si el consumidor va actuar o no adequadament en relació amb el risc de defecte del producte. O, fins i tot en el cas que faltessin clàusules contractuals rellevants per a aquest efecte, els Tribunals podrien construir i usar una regla anàloga a la de la negligència contributiva o a la de negligència comparativa²³ en el Dret de danys, i negar o reduir la cobertura de la garantia en funció de l'omissió de cura en la conducta del consumidor. En els dos casos, el risc moral del consumidor pot ser controlat en nivells més que acceptables.

Per desgràcia, la verificació del comportament dels compradors en relació amb el producte és molt difícil. En la majoria de casos, el que ha succeït a la realitat és simplement desconegut o, com a mínim, suficientment difícil d'apreciar, el que impedeix l'ús d'una regla del tipus de la negligència comparativa o contributiva com a alternativa viable. L'única opció factible per a afrontar el problema, o per a mitigar-lo, és la introducció de garanties parcials (en diverses dimensions), és a dir, una reducció en la cobertura de la garantia²⁴. Per això, no sorprèn trobar garanties limitades expressament a parts o components del producte que no poden ser manipulats fàcilment pels consumidors, o

²¹ Tanmateix és cert que la garantia, encara que sigui completa, pot no reintegrar totalment el consumidor de la utilitat perduda en cas de defecte del producte. Per exemple, els danys i perjudicis resultants poden quedar fora de la garantia o traslladar-se al venedor tan sols en determinades circumstàncies. De fet, la Directiva 1999/44/CE no inclou la reclamació dels danys i perjudicis entre els drets imperatius del consumidor en el cas de falta de conformitat del producte. Aquest és un tema que reprendré a la Secció II. Si el consumidor no és resarcit completament en cas de defecte del producte, òbviament, no serà absolutament indiferent cap a aquest tipus de fets. L'argument presentat en el text, tanmateix, no perd la seva força teòrica, sinó que es veu d'alguna manera debilitat en la seva traducció pràctica a alguns supòsits concrets.

²² El problema del risc moral és emfatitzat per la majoria dels comentaristes econòmics de les garanties: Emons (1989b), p.49, Schwartz/Scott (1991), p. 206, Wehrt (2000), p. 188, Schäfer/Ott (2000), p. 445. Pels conceptes bàsics de risc moral i selecció adversa, vegeu Schäfer/Ott (2000).

²³ Com ha mostrat Shavell (1987), cap. 1, en el context del Dret de danys, ambdues regles indueixen un comportament òptim per part de la víctima (el consumidor en el nostre cas).

²⁴ En l'àmbit de les assegurances, anàlogament, existeixen les franquícies.

limitades en la seva durada i així excloure els casos de defecte en el producte que majoritàriament depenen d'un ús considerablement intens del bé en qüestió.

Des del punt de vista dels incentius òptims per a la reducció del risc de falta de conformitat del producte, en definitiva, el contingut de la garantia ha de ser tal que imposi al venedor l'obligació d'adoptar les inversions en reducció de riscos en els quals tingui un avantatge comparatiu (força del motor i resistència, per exemple) mentre, que alhora, s'exclougui per a aquelles altres inversions en cura que el consumidor pugui adoptar d'una forma més barata (pintura i conservació exteriors, per exemple). Això és, en poques paraules, l'anomenada teoria de l'avantatge comparatiu o de la inversió, patrocinada principalment per Priest²⁵.

Però a més d'aquest problema del risc moral, les garanties completes resulten inadequades en situacions de selecció adversa. Des del punt de vista del risc de defectes del producte, els consumidors poden dividir-se intrínsecament en diferents grups. Per exemple, alguns compradors manifesten un ús més intens del producte (famílies nombroses, empreses) que altres (persones que viuen soles). Els primers presenten un risc intrínsec de patir una anomalia en el producte major que els últims, però els venedors no saben en el moment de la venda a quin grup pertany un determinat comprador. Amb una garantia completa, el contracte acompanyat de la garantia es presenta més atractiu pel comprador d'alt risc, perquè pel mateix preu pot treure més profit de la garantia (es troben amb el defecte en el producte més sovint). L'única manera d'evitar que els compradors de baix risc siguin expulsats del mercat²⁶ és restringir la cobertura de la garantia. Els compradors de baix risc són sotmesos a un contracte amb un preu inferior però amb una garantia associada que té una cobertura limitada²⁷. Per això, els compradors d'alt risc no resulten temptats a fer-se passar per compradors de baix risc i comprar el contracte dissenyat per a aquells. Els compradors d'alt risc, en efecte, poden resultar atrets cap a un contracte amb cobertura total a un major preu. Efectes semblants a la restricció de la cobertura material de la garantia poden obtenir-se mitjançant limitacions de la durada de la garantia²⁸. Per tant, no només el risc moral, sinó també la selecció adversa, expliquen l'existència de garanties amb

²⁵ Priest (1981). És cert que en la seva anàlisi de l'avantatge comparatiu Priest inclou no només inversions en prevenció, sinó també la superioritat en l'assumpció del risc o la capacitat d'autoassegurar-se enfront de la falta de conformitat del producte.

²⁶ Es tracta una altra vegada d'un cas de mercat de llimones, només que aquí són els compradors els que coneixen el seu grup (la seva propensió a experimentar defectes del producte) i els venedors els que ho ignoren. El resultat esperat d'aquesta situació és, tanmateix, el mateix que en el cas anterior.

²⁷ De fet, el nivell de cobertura per als compradors de baix risc és ineficientment baix, és a dir, és inferior al que haurien escollit lliurement aquests compradors. La ineficiència és conscientment introduïda pel venedor amb la finalitat d'aconseguir que els compradors d'alt risc no se sentin atrets per contractes dissenyats per als compradors de baix risc. Aquesta no és una propietat específica de les garanties en aquestes circumstàncies, sinó més aviat una característica general dels models de selecció adversa [vegeu Macho-Stadler/Pérez-Castrillo (1997), p. 106].

²⁸ Emons (1989a), Emons (1989b).

una cobertura incompleta en els mercats del món real (en alguns casos, amb una cobertura molt inferior a la completa).

Com pot deduir-se fàcilment dels arguments exposats en les tres subseccions prèvies, encara que les funcions d'assegurança, senyalització i reducció del risc estiguin, en major o menor mesura, sempre presents rera les garanties contractuals, la veritat és que les tres no han de coincidir necessàriament en el disseny òptim de la cobertura de la garantia. Una ampliació de la cobertura pot resultar desitjable per a un major desplaçament del risc de compradors molt adversos al risc, però pot exacerbar simultàniament el problema del risc moral quan aquests compradors poden influir en el risc d'inadequació del producte. O un racionament de la cobertura per a millorar els problemes de selecció adversa per part de diferents grups de compradors pot col·lisionar amb el desig de senyalitzar la fiabilitat del producte mitjançant una ampliació de la garantia.

En un contracte perfectament contingent les parts haurien de poder dissenyar una clàusula de garantia pareto-òptima. Les garanties efectivament observables en els mercats del món real, fins i tot deixant de banda l'important nivell de regulació legal imperativa a la majoria de sistemes jurídics, es troben molt allunyades d'aquesta garantia perfecta. La teoria econòmica de les garanties, això no obstant, permet treure a la llum una sèrie de factors i consideracions per tal d'il·luminar la política legislativa i guiar la interpretació de les disposicions legals aplicables i, especialment, les contingudes a la Directiva 1999/44/CE.

• **Les principals decisions legislatives de la Directiva**

La Directiva 1999/44/CE no pretén oferir una regulació completa dels contractes de compravenda amb consumidors, per no parlar ja del contracte de compravenda en general. Però conté un conjunt mínim de drets dels compradors, que constituirà, en tots els Estats de la UE, la garantia exigida legalment en els contractes sobre béns de consum. També inclou l'aparell conceptual necessari per a organitzar els drets i les accions del consumidor en aquesta classe de transaccions econòmiques. Però abans d'entrar en la seva anàlisi, és necessari tractar en primer lloc l'àmbit d'aplicació de la Directiva. Aquest ve determinat per una sèrie de definicions i (possibles) exclusions. Els fonaments econòmics sobre els quals es construeix l'àmbit d'aplicació de la Directiva han de ser tinguts molt en compte.

1. Àmbit d'aplicació

L'àmbit d'aplicació subjectiu de la Directiva 1999/44 CE es basa en les definicions de venedor (i productor²⁹) i consumidor recollides a l'art. 1.2. Consumidor i venedor són

²⁹ La Directiva distingeix entre venedors i productors. El venedor és qualsevol persona física o jurídica que, per mitjà d'un contracte, ven béns de consum en el marc de la seva activitat professional, mentre que el productor és el fabricant d'un bé de consum (als quals s'assimilen l'importador d'un bé de consum en el territori de la Comunitat, i qualsevol persona que es presenti com a productor indicant en el bé de consum el seu nom, la seva marca o un altre signe distintiu). Contràriament al que vaig dir en la secció anterior, i

definitos d'acord amb els conceptes habituals ja familiars en les preexistents Directives de protecció als consumidors. A més de la consistència o coherència amb les definicions passades, hi ha més raons que abonen l'elecció de l'àmbit d'aplicació subjectiu de la Directiva, determinat per aquestes nocions.

Art. 1.2. "A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

- a) "consumidor": toda persona física que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva, actúa con fines que no entran en el marco de su actividad profesional;
- b) "bien de consumo": cualquier bien mueble corpóreo, excepto los siguientes:
 - los bienes vendidos por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento,
 - el agua y el gas cuando no estén envasados para la venta en el volumen delimitado o en cantidades determinadas,
 - la electricidad;
- c) "vendedor": cualquier persona física o jurídica que, mediante un contrato, vende bienes de consumo en el marco de su actividad profesional;
- d) "productor": el fabricante de un bien de consumo, el importador de un bien de consumo en el territorio de la Comunidad o cualquier persona que se presente como productor indicando en el bien de consumo su nombre, su marca u otro signo distintivo;
- e) "garantía": todo compromiso asumido por un vendedor o un productor respecto del consumidor, sin coste suplementario, de reembolsar el precio pagado por un bien de consumo, de sustituirlo, de repararlo o de ocuparse del modo que fuere del bien en caso de que no corresponda a las condiciones enunciadas en la declaración de garantía o en la publicidad correspondiente;
- f) "reparación": en caso de falta de conformidad, poner el bien de consumo en un estado que sea conforme al contrato de venta."

Excloure de l'àmbit d'aplicació de la Directiva contractes en què el venedor no és un professional és una opció molt assenyada. La raó d'aquesta afirmació descansa no tant en l'absència (presumible, atès el caràcter no professional del venedor) de desigualtat en el respectiu poder de negociació de les parts. Una garantia legalment imperativa, com la que preveu la Directiva, no compliria, amb molta probabilitat, cap de les funcions econòmiques descrites en la secció precedent quan el venedor no sigui una empresa o un professional. La funció d'assegurança seria probablement inexistent, atesa l'avversió al risc per part del venedor. I, per una altra part, l'incentiu a invertir en qualitat i reducció del risc seria discutible, ja que el venedor no professional habitualment té poc control sobre la qualitat del bé (no l'ha produït, ni és la seva professió o el seu ofici saber-ne) i a la naturalesa al·luda de la transacció. Les normes de Dret privat general sobre frau i error i sobre drets d'informació precontractual semblen, combinades, més adequades per a controlar la possible conducta oportunista del venedor no professional. Pel que fa a la senyalització, existeixen altres formes de superar, si fos necessari, l'asimetria d'informació (coneixement personal entre les parts, recerca i inspecció pel comprador, sancions socials) i en darrer terme, les parts poden pactar lliurement una garantia contractual si així ho desitgen.

de conformitat amb aquestes definicions, s'utilitzaran ara els termes de venedor i productor en el significat més precís que els atribueix la Directiva. El paper del productor, tanmateix, no serà examinat en aquesta subsecció.

La definició de l'altra part contractant, el consumidor, ha estat criticada per insuficient. L'exclusió de les persones jurídiques (que no actuen en el marc d'un ofici, professió o negoci)³⁰ i dels professionals individuals³¹ ha estat jutjada negativament. Crec, tanmateix, que les bones raons que fonamenten la decisió d'excloure de l'àmbit d'aplicació de la Directiva els contractes en què el comprador és una empresa o un professional corporatiu també són substancialment aplicables a aquests dos casos.

Quan els compradors són organitzacions que tenen experiència com a actors o jugadors repetits, els problemes d'asimetria d'informació en relació amb els venedors tendeixen a ser menys pronunciats que quan els compradors són consumidors. A més, les pressions no jurídiques i de reputació són més fortes i més efectives sobre la mala conducta dels venedors quan aquesta categoria de compradors és part de la transacció, per això la confiança en el sistema jurídic, expressada en garanties legalment obligatòries, sembla molt menys necessària per a assegurar el compliment adequat del contracte per part del venedor. Per sobre de tot això, sembla ser que el caràcter corporatiu del comprador minora significativament la necessitat de les garanties com a instruments de desenvolupament de valuoses funcions econòmiques: la motivació d'assegurament és més secundària en aquest cas i els problemes de selecció adversa, causats per les diferències en el risc de funcionament defectuós del producte, s'accentuen i agreugen quan els individus i les empreses són agrupats en un únic grup de cobertura sota la garantia³².

Aquestes característiques, encara que probablement d'una forma atenuada en algun sentit, són també presents en relació amb les persones jurídiques no professionals i amb els professionals individuals. Per tot això, la seva exclusió del concepte de consumidor de la Directiva sembla, en definitiva, una decisió encertada.

Per a l'àmbit d'aplicació objectiu o material de la Directiva l'art. 1 compta amb una definició (la de béns de consum), una possible exclusió i una inclusió addicional referida al tipus de contracte.

³⁰ Parisi (2000), p. 19.

³¹ Medicus (1996), p. 1925, Schäfer (2000), p. 566.

³² En termes estadístics, les empreses i els professionals utilitzen més intensament els productes i, per això, podria pensar-se que presenten més risc que els consumidors individuals des del punt de vista del mal funcionament del producte. Els venedors, per tal d'evitar la descomposició d'un mercat amb selecció adversa, tendirien a col·locar cada grup en un contracte i una garantia diferents (vegeu *supra*, subsecció I.3). Si, com fa la Directiva, s'imposa legalment una garantia completa i es força ambdós grups de compradors a la mateixa garantia legal (aquest seria el resultat d'incloure les empreses i les organitzacions en l'àmbit d'aplicació de la Directiva), la distribució per grups seria impossible per al venedor, augmentant el problema de selecció adversa.

Els béns de consum es defineixen com a qualsevol bé moble corporal, exceptuant els béns venuts per l'autoritat judicial arran d'un embargament o un altre procediment³³, l'aigua i el gas, quan no estiguin envasats per a la venda en un volum delimitat o en quantitats determinades, així com l'electricitat.

Aquesta definició inclou tant els béns nous com els usats, ja siguin coses específiques o genèriques. Entre els béns usats o de segona mà típicament venuts per venedors professionals (i per aquesta raó, els únics que reuneixen les condicions necessàries per a la garantia legal prevista a la Directiva) es troben, d'una banda, les antiguitats (en el sentit més ampli, incloent-hi llibres i joies), obres d'art i altres objectes de col·lecció, i d'altra, els cotxes i altres vehicles a motor. Pel que fa al primer grup, és dubtós que en aquest context les garanties pugin desplegar amb força els seus habituals trets econòmics positius, concretament, l'assegurança, la senyalització i els incentius a la reducció del risc. En relació a aquesta última funció econòmica, crec que seria totalment innòcua respecte d'aquesta classe de béns. Els venedors no poden fer molt per a millorar els béns artístics i les antiguitats³⁴, ni els compradors poden fer molt per empitjorar-les (perdre valor seria més apropiat) o per a prevenir que s'avarïi³⁵. De fet, empíricament, el propi significat de defecte del producte en el cas de pintures o incunables és totalment diferent al que pot presentar-se en ordinadors, electrodomèstics o mobiliari de jardí. L'aspecte clau dels primers és l'autenticitat i el valor, no la fiabilitat, capacitat de treball o adequació per a una determinada funció o propòsit. La funció incentivadora en el cas de l'art i de les antiguitats no es tradueix en proporcionar incentius per a produir articles millors, més duradors i de major qualitat (produir art i antiguitats millors és quasi un impossible metafísic), sinó en proporcionar els incentius apropiats a les parts per a què un determinat bé acabi a les mans de qui el valori més. Els aspectes clau per aquest propòsit són la valoració diligent i la descripció (en cas de subhasta o venda per catàleg) dels béns, la revelació socialment desitjable dels fets materials relatius als béns i la confiança eficient (és a dir, no excessiva) per part del comprador. La valoració i la descripció estan relacionades amb les activitats i serveis de caràcter professional, típicament subjectes a regles de responsabilitat per culpa. I els problemes de revelació i de confiança poden ser més ben abordats per normes específiques (com les regles de Dret privat general sobre drets de revelació en fase precontractual, dol i error). I fins i tot, si pogués existir algun espai pels avantatges d'assegurança i identificació de les garanties per aquest tipus de béns, de totes formes, em sembla que les diferències quantitatives i qualitatives, que existeixen amb el nucli dur que hauria de ser cobert per les garanties, inclinen clarament la balança a favor de deixar fora de l'àmbit de la Directiva la compravenda de béns únics, com ara són els objectes d'art i les antiguitats.

³³ En aquest sentit, aquesta és una restricció del significat de béns de consum com a béns mobles que no es refereix realment als béns d'aquesta naturalesa en sí (pot tractar-se de béns mobles corporals indistingibles d'altres no exclosos) sinó al mecanisme legal per mitjà del qual són alienats.

³⁴ Abstracció feta de les evidents mesures de conservació.

³⁵ A part d'una basta utilització inadequada de la seva part.

És cert que la possible exclusió dels béns de segona mà venuts en una subhasta (art. 1.3) es refereix principalment, encara que de forma no exclusiva, a l'art i a les antiguitats. Però la (sòlida, des del meu punt de vista) raó econòmica per aquesta exclusió no es basa primordialment en l'ús de la subhasta com a mecanisme de venda, sinó en el caràcter únic dels béns i en les propietats específiques del mercat d'art i antiguitats³⁶.

Art. 1.3. "Los Estados miembros podrán establecer que los "bienes de consumo" no incluyan los bienes de segunda mano vendidos en una subasta en la que los consumidores puedan asistir personalmente a la venta."

En canvi, pel que fa als vehicles de motor de segona mà, crec que ens trobem en un àmbit en el que les garanties despleguen característicament la seva funció econòmica³⁷. Un problema totalment diferent (que serà analitzat en el subapartat 6), òbviament, és fins a quin punt la garantia imperativa prevista a la Directiva 1999/44/CE pot portar a terme un paper econòmic positiu.

L'àmbit d'aplicació de la Directiva també s'amplia sobre la base del tipus de contracte. L'art. 1.4 estableix que els contractes de subministrament de béns de consum que hagin de fabricar-se o produir-se també seran considerats contractes de compravenda als efectes de la Directiva. Sembla correcte que la garantia (el conjunt de drets del client front l'altra part en el contracte) associada a un vestit fet a mida o a un moble d'encàrrec no sigui diferent a la que acompanya aquests mateixos articles ja fabricats, independentment del fet que als diferents sistemes jurídics europeus el contracte sobre la primera classe de béns no pugui ser considerat jurídicament un contracte de compravenda.

Art. 1.4. "Los contratos de suministro de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse también se considerarán contratos de compraventa a efectos de la presente Directiva."

Però existeixen també bones raons econòmiques rera aquesta solució. Ostensiblement en incentivar la funció de reducció de risc però també en la funció de senyalització, per a difondre els seus saludables efectes en l'economia, és necessari algun tipus d'element dinàmic. Si tot el que està en joc és la pura transferència d'un bé existent i res més, les consideracions d'eficiència no van més enllà d'assegurar-se que el bé acabi a les mans de qui el valori més. Es requereix alguna classe de "producció" per a desplegar totalment aquestes funcions, si bé és cert que pot tractar-se de la producció en el futur d'objectes idèntics o similars pel mateix fabricant. Incloure en l'àmbit d'aplicació de la Directiva,

³⁶ Hi ha una condició addicional prevista a l'art. 1.3 per a aplicar l'exclusió: els consumidors han de tenir l'oportunitat d'assistir personalment a la venda. Aquest requisit tampoc no sembla important. A més, a les subhastes angleses o a l'alça (les habituals en art i antiguitats) i a les holandeses o a la baixa, els possibles compradors típicament poden assistir a l'acte de la subhasta pública.

³⁷ Martinek (2000) critica fortament la inclusió dels cotxes usats en l'àmbit d'aplicació de la Directiva. Però els seus arguments, dirigits en la seva majoria cap a la naturalesa imperativa de la garantia legal, també són igualment aplicables als cotxes nous.

juntament amb els contractes de compravenda, altres tipus de contracte adreçats de forma immediata a la producció d'un bé és, per tant, una decisió positiva.

2. Conformitat amb el contracte

El principi que els béns lliurats han d'estar conformes amb el contracte sembla un punt de partida obvi i coherent per a determinar l'extensió dels drets del consumidor. Si un contracte és una especificació de les accions que les parts se suposa (i, en base al sistema jurídic, també amb vinculació jurídica) que realitzaran, sembla lògic que l'entrega de l'objecte ha d'estar conforme amb el que les parts han pactat.

Determinar en un cas concret el que les parts han pactat i allò que és conforme amb el que preveu el contracte és més complicat. Per a facilitar aquesta tasca, l'art. 2.2 de la Directiva enumera una sèrie de factors que, si concorren, permeten presumir que el bé és conforme amb el contracte. Aquests factors són cumulatiu, encara que un o més d'un poden no concórrer en un contracte determinat (per exemple, la correspondència amb la qualitat d'una mostra o un model, si aquests no existeixen).

Art. 2.2. “. Se presumirá que los bienes de consumo son conformes al contrato si:

- a) se ajustan a la descripción realizada por el vendedor y poseen las cualidades del bien que el vendedor haya presentado al consumidor en forma de muestra o modelo;
- b) son aptos para el uso especial requerido por el consumidor que éste haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato y éste haya admitido que el bien es apto para dicho uso;
- c) son aptos para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo;
- d) presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado.”

La llista comença, de forma molt raonable, amb l'adequació a la descripció realitzada pel venedor. Però no tan sols la descripció contractual vincula el venedor. Les expectatives raonables per part del consumidor basades en declaracions públiques³⁸ relatives al bé, particularment la publicitat i l'etiquetatge, també han de ser igualment satisfetes pel producte. No existeix valor social en els missatges destinats al públic (de manera notable, en la publicitat) que creen expectatives raonables i representacions en els consumidors, si posteriorment els venedors poden traïr la seva paraula. Si un anunci és capaç d'induir en un consumidor racional mitjà per al tipus de producte en qüestió una certa representació sobre el producte, la seva absència ha de constituir una falta de conformitat amb el contracte.

³⁸ Els venedors no queden solament obligats per les declaracions públiques de les quals són responsables, sinó també per aquelles originades pel productor o els seus representants, ja que el venedor raonablement no desconexia la publicitat (és difícil imaginar que el venedor pugui raonablement desconèixer l'etiquetatge). La solució és recomanable des d'un punt de vista econòmic, perquè d'una altra manera els venedors no estarien en cap cas interessats pel contingut de la publicitat, que majoritàriament correspon al fabricant i a l'importador organitzar-la i decidir-la.

Requerir que el producte sigui apte pels usos a què ordinàriament es destinen béns del mateix tipus i que presenti la qualitat i les prestacions habituals d'un bé del mateix tipus [art. 2.2 (c) y (d)] és també molt raonable des del punt de vista econòmic. No obligar el venedor a complir amb el funcionament o propòsit normal d'un determinat tipus de béns produiria un increment considerable en els costos de transacció: la majoria de contractants preferiria típicament que el producte satisfés aquestes finalitats habituals, però per a obtenir aquest resultat necessitarien pactar-ho expressament en una clàusula contractual, la qual cosa comportaria els costos de transacció associats a la negociació i redacció d'aquesta clàusula. Una regla jurídica que portés cap al mateix resultat suposaria, per tant, un estalvi en els costos de transacció. A més, sembla difícil negar que un comprador mitjà pugui creure raonablement que el venedor estaria d'acord a suportar el risc d'inaptitud per a usos habituals o per a un funcionament inferior al normal quan les parts haguessin de negociar sobre la matèria³⁹.

Per a les finalitats especials o idiosincràtiques del consumidor, el venedor s'obliga només quan aquest ús especial se li va comunicar en el moment de celebrar el contracte i, a més, el venedor el va admetre. La regla també té una sòlida base econòmica. Estalvia costos de comunicació entre les parts contractuals (només la minoria, és a dir, aquells que tenen un propòsit idiosincràtic ho ha de comunicar, i no la majoria de compradors –aquells que no tenen aquest propòsit especial), de forma idèntica a la regla de l'art. 1107 CC, que limita els danys en cas d'incompliment contractual als previstos o als raonablement previsibles en el moment de celebració del contracte⁴⁰.

Més problemàtica és la qüestió del caràcter imperatiu o dispositiu del propòsit normal, la qualitat normal i els estàndards de funcionament. Com ja s'ha explicat, la concepció com a regles supletòries, i no com a imperatives, és molt recomanable des del punt de vista econòmic. Un consumidor que conegui la inaptitud d'un bé per al seu ús habitual o que el seu rendiment és inferior a la mitjana pot estar, tanmateix, interessat en comprar el producte, naturalment a un preu inferior al que hauria tingut el bé en condicions normals. Després de la venda, el consumidor no hauria d'estar legitimat a reclamar la protecció de la garantia contra la falta de conformitat. La Directiva, entenc, aposta per la interpretació preferible des del punt de vista econòmic: l'art. 2.3 no considera la falta de conformitat si el

³⁹ El consentiment hipotètic de la majoria de les parts contractuals que tinguessin l'oportunitat de contractar sense costos és la base de les anomenades normes dispositives "majoritàries", que són les que tenen el suport de la majoria dels analistes econòmics del Dret, sobretot des del punt de vista de l'estalvi dels costos de transacció. Vegeu Ayres (1998).

⁴⁰ Aquesta regla també està vigent a altres països llatins (art. 1150 Code civil, art. 1225 Codice civile) i a la Convenció de Viena sobre contractes de compravenda internacional de mercaderies (art. 74), i al *Common Law* (regla de *Hadley v. Baxendale*). La norma ha rebut un ampli tractament des de la perspectiva de l'anàlisi econòmica del Dret. Vegeu Ayres/Gertner (1989) i (1992), Bebchuk/Shavell (1991), Adler (1999), Gomez (2001).

consumidor n'era conscient en el moment de celebració del contracte. Aquest estàndards són, per tant, merament dispositius i no imperatius.

Art. 2.3. "Se considerará que no existe falta de conformidad a efectos del presente artículo si en el momento de la celebración del contrato el consumidor tenía conocimiento de este defecto o no podía fundadamente ignorarlo, o si la falta de conformidad tiene su origen en materiales suministrados por el consumidor."

Però la falta de conformitat no és únicament inaplicable quan el consumidor era de fet conscient d'aquesta falta⁴¹, sinó també quan no podia fonamentadament ignorar-la. Com exposa correctament Parisi, aquesta regla implica que la garantia legal que imposa la Directiva cobreix tant les qualitats d'experiència en el bé com aquelles qualitats de recerca, que el comprador, tanmateix, no pot inspeccionar a un baix preu abans de la compra⁴². Tanmateix, això no ha d'interpretar-se en el sentit que tan aviat la falta de conformitat hagués pogut ser observada abans de l'adquisició, desapareixeria immediatament la garantia legal. Una determinada característica (negativa) del producte pot ser observable amb anterioritat a l'adquisició i, per tant, ser considerada com una qualitat de recerca, però els costos d'inspecció per a l'hipotètic comprador poden ser superiors als que suportaria el venedor si fes explícita o revelés aquesta característica del producte⁴³. Si aquest és el cas, ja sigui una qualitat de recerca o no, la falta de conformitat ha de quedar emparada sota la garantia legalment obligatòria.

L'art. 5.3 conté una regla sobre la càrrega de la prova que és important per a comprendre l'abast real de la noció de falta de conformitat.

Art. 5.3. "Salvo prueba en contrario, se presumirá que las faltas de conformidad que se manifiesten en un período de seis meses a partir de la entrega del bien ya existían en esa fecha, salvo cuando esa presunción sea incompatible con la naturaleza de los bienes o la índole de la falta de conformidad."

Per a què la falta de conformitat desencadeni la protecció de la garantia, el defecte o l'anomalia han d'existir en el moment de l'entrega (art. 3.1), però sense que això hagués

⁴¹ Ser conscient ha d'entendre's en el sentit d'un coneixement real de la falta de conformitat i no com un mer subterfugi derivat de clàusules contractuals que estableixen amb caràcter general que el comprador coneixia l'estat i la condició del bé abans d'adquirir-lo. Aquestes clàusules queden incloses en la prohibició de l'art. 7.

⁴² Parisi (2001), p.23. Les qualitats d'experiència en un bé són aquelles que no poden ser observades abans de la compra i que tan sols es fan manifestes després d'aquesta i de l'ús del bé (la seva durabilitat o resistència a l'ús, per exemple). Les qualitats de recerca, per contra, poden ser apreciades abans de l'adquisició del producte (el color, per exemple). La distinció va ser feta per Nelson (1970).

⁴³ Això succeeix, per exemple, amb la taxa anual equivalent (TAE) en el crèdit al consum. Les taxes d'interès anuals d'un préstec són una qualitat de recerca: els possibles prestataris poden calcular-les, si bé és cert que a un determinat cost. Resulta menys costós que els prestamistes facin explícita la taxa d'interès anual a la seva publicitat i als contractes de préstec. Això és el que la Directiva 87/102/CE sobre crèdit al consum ha fet obligatori (i a Espanya, la Llei 7/1995, de 23 de març, de Crèdit al Consum).

pogut ser observat pel comprador, ja que en cas contrari no hi hauria hagut contracte o hagués existit una falta de conformitat coneguda en el sentit de l'art. 2.3. Per definició, el consumidor, per tant, tan sols està en posició d'apreciar la falta de conformitat una vegada realitzada l'entrega. Si la falta de conformitat es manifesta en un període de sis mesos després de l'entrega es presumeix que el defecte ja existia en el moment d'aquesta⁴⁴. Després d'aquest període, és el consumidor qui ha de provar suficientment que la falta de conformitat existia en el moment d'entrega del bé. El probable impacte d'aquestes regles sobre la càrrega de la prova no pot ser subestimat. En el primer d'aquests dos períodes, excepte en casos extrems, serà molt difícil per al venedor –amb prova en contrari- aportar una prova convincent que desvirtui la presumpció i, en efecte, la presumpció refutable serà, de fet, equivalent a una garantia completa i absoluta durant sis mesos. En el segon període, encara que intueixo que la càrrega de la prova és en certa mesura més fàcil de superar pel consumidor, no hi ha dubtes que es crea una restricció significativa de la garantia legal (i també una font substancial d'incerteses i, en el pitjor dels casos, de litigis). Les garanties contractuals, com les contemplades a l'art. 6, quan són ofertes pels venedors, poden ser extremadament importants per a atenuar aquest últim problema.

Art. 6

“Garantías

1. La garantía comercial obligará a la persona que la ofrezca en las condiciones establecidas en el documento de garantía y en la correspondiente publicidad.
2. La garantía deberá:
 - declarar que el consumidor goza de derechos con arreglo a la legislación nacional aplicable que regula la venta de bienes de consumo y especificar que la garantía no afecta a los derechos que asisten al consumidor con arreglo a la misma;
 - indicar con claridad el contenido de la garantía y los elementos básicos para presentar reclamaciones en virtud de la misma, en particular su duración y alcance territorial, así como el nombre y dirección del garante.
3. A petición del consumidor, la garantía deberá figurar por escrito o en cualquier otro soporte duradero disponible que le sea accesible.
4. Los Estados miembros podrán, con arreglo a lo dispuesto en el Tratado, exigir que la garantía de los bienes comercializados en su territorio esté redactada en una o más lenguas de las que ellos determinen de entre las lenguas oficiales de la Comunidad.
5. En el caso de que una garantía infringiera los requisitos de los apartados 2, 3 o 4, ello no afectaría en ningún caso a su validez, pudiendo el consumidor en todo caso exigir su cumplimiento.”

3. Accions

Els drets del consumidor en el cas que es produeixi una falta de conformitat del producte obren la via a quatre possibles accions: reparació, substitució, reducció del preu i resolució o desistiment del contracte. Però aquestes accions operen en dos plans diferents. Les solucions de primer grau són la reparació o la substitució, a elecció del consumidor (encara

⁴⁴ Tret quan aquesta presumpció sigui incompatible amb la naturalesa dels béns o amb el tipus de defecte, aclareix el propi art. 5.3.

que amb determinats límits). Només pel cas que cap d'elles no hagués pogut ser portada a terme de manera satisfactòria, el consumidor podria accedir a la segona fase i exigir una reducció del preu o la rescissió del contracte.

En teoria, en un món sense costos, la solució òptima seria la reducció en el preu que equivalgués exactament a la pèrdua de valor causada per la falta de conformitat. Aquesta suma podria ser qualsevol quantitat compresa entre una xifra lleugerament superior a zero (quan la falta de conformitat és insignificant) i el preu total del bé (quan la falta de conformitat redueix a zero el valor del bé). Amb aquesta suma de diners el consumidor pot obtenir perfectament el que li proporcionarien les altres solucions: reparar el producte, aconseguir-ne un altre del mateix venedor o aconseguir un substitut d'un venedor diferent (si fos necessari, obtenint els diners mitjançant la revenda del bé amb el defecte). Aquesta solució gaudiria sobre la resta de possibilitats dels mateixos avantatges teòrics que, en el context general d'un incompliment contractual, té la indemnització dels danys sobre altres solucions alternatives, i especialment, sobre el compliment específic⁴⁵.

Per desgràcia, aquesta solució és difícilment imaginable com a alternativa viable en el món real. Per això, la prioritat que la Directiva atorga a la reparació i a la substitució sembla raonable. Això permet als venedors explotar economies d'escala en reparació (inversió en costosos equips de reparació, especialització en el treball de reparació, grans stocks de peces de recanvi)⁴⁶ i, fins a cert punt, també en substitució (grans stocks de productes). A més, pot contribuir a reduir el cost que suposa la garantia per al venedor i, en conseqüència, a beneficiar en últim terme els compradors.

És cert, tanmateix, que són necessaris alguns límits a l'ús preferent de la reparació o de la substitució i a l'elecció d'alguna d'elles per part del consumidor. D'altra manera, existiria la possibilitat que el consumidor pogués exercitar els seus drets de forma oportunista: amenaçant d'utilitzar la solució més costosa, fins i tot prohibitivament costosa, per al venedor (períodes d'alta ocupació del personal de reparació, exauriment del bé), el comprador podria obtenir una suma superior a la disminució de valor efectiva provocada per la falta de conformitat⁴⁷. De fet, l'art. 3 preveu que l'elecció entre reparació i substitució quedi subjecta a un criteri de proporcionalitat (expressat, a més, en termes de costos per al venedor). Un altre criteri semblant també s'aplica, aparentment, a la transició des del primer al segon pla de solucions. A més a més, en alguns casos la reparació o la substitució, o ambdues, són impossibles (destrucció física del bé després de la falta de conformitat, béns únics o de segona mà). Indubtablement, la preferència per la reparació o la substitució també comporta un ampli espai per al comportament oportunista dels venedors: els

⁴⁵ Sobre la superioritat teòrica de la indemnització de danys sobre el compliment específic, vegeu Shavell (inèdit), cap. 13. De fet, la reparació i la substitució són versions del compliment específic com a tipus ideal general de solució.

⁴⁶ Schwartz/Scott (1991), p. 204.

⁴⁷ Aquest tipus de situació també és present en l'ús del compliment específic en l'àmbit contractual general.

venedors poden deixar passar temps abans d'una reparació o d'una substitució efectives. Per a prevenir això, l'art. 3.5 permet al consumidor exigir una reducció del preu o la resolució del contracte quan el venedor no hagi actuat en un termini raonable o sense inconvenients o costos addicionals per al consumidor.

Art. 3

"Derechos del consumidor

1. El vendedor responderá ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien.

2. En caso de falta de conformidad, el consumidor podrá exigir que los bienes sean puestos en conformidad mediante la reparación o la sustitución del bien sin cargo alguno, de conformidad con el apartado 3, o una reducción adecuada del precio o la resolución del contrato respecto de dicho bien, de conformidad con los apartados 5 y 6.

3. En primer lugar, el consumidor podrá exigir al vendedor que repare el bien o que lo sustituya, en ambos casos sin cargo alguno, salvo que ello resulte imposible o desproporcionado.

Se considerará desproporcionada toda forma de saneamiento que imponga al vendedor costes que, en comparación con la otra forma de saneamiento, no sean razonables, teniendo en cuenta:

- el valor que tendría el bien si no hubiera falta de conformidad,
- la relevancia de la falta de conformidad, y
- si la forma de saneamiento alternativa pudiese realizarse sin inconvenientes mayores para el consumidor.

Toda reparación o sustitución deberá llevarse a cabo en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor, habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad que tuvieran los bienes para el consumidor.

4. La expresión "sin cargo alguno" utilizada en los apartados 2 y 3 se refiere a los gastos necesarios realizados para subsanar la falta de conformidad de los bienes con el contrato, especialmente los gastos de envío, así como los costes relacionados con la mano de obra y los materiales.

5. El consumidor tendrá derecho a una reducción adecuada del precio o a la resolución del contrato:

- si no puede exigir ni la reparación ni la sustitución, o
- si el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento en un plazo razonable, o
- si el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento sin mayores inconvenientes para el consumidor.

6. El consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad es de escasa importancia."

Finalment, és necessari parlar dels danys i perjudicis. La Directiva no diu res sobre la indemnització de danys al consumidor pels perjudicis derivats de la falta de conformitat (més enllà del valor del bé), si bé és cert que els sistemes legals nacionals poden contemplar aquest tipus de solucions. La decisió de no incloure la indemnització de danys i perjudicis a la garantia legalment exigida està ben fonamentada. En relació amb els productes de consum massiu, que constitueixen el nucli dur de protecció de la Directiva, els venedors són típicament *risk-bearers* molt imperfectes dels perjudicis soferts pels compradors arran del mal funcionament del producte. És notablement difícil per al venedor estimar la probabilitat que un defecte en el producte pugui causar un posterior dany econòmic al consumidor, així com la magnitud d'aquest dany. Els compradors es troben en una millor posició per a realitzar aquestes estimacions i, d'aquesta manera, adoptar les mesures més

adients per a protegir-se enfront del risc de pèrdua o desplaçar-lo mitjançant una pòlissa d'assegurança⁴⁸.

4. Durada

Els drets del consumidor sota la garantia legal imperativa tenen una durada com a mínim de dos anys des del moment del lliurament⁴⁹. Aquest límit temporal és vàlid de manera uniforme per a tot tipus de béns de consum, excepte per als de segona mà, per als quals els Estats membres poden autoritzar les parts contractuals a reduir la durada de la garantia legal fins a un mínim d'un any.

En una regulació òptima des del punt de vista econòmic hauria d'haver-se permès que les garanties variessin en la seva durada, en funció de factors com ara la vida útil estimada del producte, les possibilitats relatives de les parts d'influir en el risc de defecte o el valor del bé⁵⁰. Òbviament, la durada de la garantia legal no hauria de diferenciar-se excessivament en funció de la categoria de producte, el que incorporaria una alta dosi d'incertesa i foscor a la situació legal de les eventuais parts en un contracte sobre béns de consum⁵¹. És clar, això no obstant, que el fet que es tracti de béns de segona mà en lloc de béns nous no constitueix, per ell mateix, un criteri sòlid per a fonamentar una reducció de la durada de la garantia legal. Molts béns usats tenen una vida útil esperada major que per a molts productes nous. I també el risc de defecte en els primers pot romandre latent per un període de temps més llarg.

5. Garanties contractuals

L'art. 6 de la Directiva estableix determinades regles i requisits de revelació i expressió per a les garanties contractuals o comercials que el productor pugui oferir. Aquestes garanties, si són ofertes, vinculen l'oferent.

Existint la garantia legal imposada per la Directiva, quina és la utilitat de les garanties contractuals? En primer lloc, expandeix l'àmbit de les parts responsables enfront del consumidor. El responsable en la garantia legal és el venedor, mentre que les garanties contractuals són ofertes habitualment pel fabricant o el seu representant. En segon lloc, pot ampliar el conjunt de drets que la garantia legal confereix al consumidor, mitjançant

⁴⁸ Vegeu Schwartz/Scott (1991), p. 206, Schäfer/Ott (2000), p. 441.

⁴⁹ No hauria d'oblidar-se, tanmateix, que la càrrega de la prova de l'existència del defecte en el moment de l'entrega del bé, que correspon al consumidor transcorreguts sis mesos, pot, com a mínim en un nombre no insignificant de casos, implicar en termes reals una reducció evident de la durada real de la garantia.

⁵⁰ Vegeu Schäfer/Ott (2000), p. 455.

⁵¹ El sistema legal hauria d'intentar, en teoria, equilibrar els guanys marginals derivats de l'adaptació de la durada de la garantia a les característiques rellevants d'un determinat mercat i els costos marginals de l'augment de complexitat. Sobre aquest tema, vegeu Kaplow (1995) i (2000).

l'ampliació de la durada de la cobertura més enllà del límit de temps legal, o bé facilitant l'exercici dels drets i accions del comprador (garantia de devolució del que s'ha pagat, presumpció que el defecte queda cobert per la garantia més enllà dels sis mesos posteriors a l'entrega, etc.). Una garantia que oferís unes condicions més generoses per al consumidor que les previstes legalment pot implicar per al productor un útil instrument de senyalització de fiabilitat, qualitat i bon servei.

Els arts. 6.2 i 6.3 imposen unes determinades obligacions de revelació a l'oferent de la garantia: ha d'expressar-se en llenguatge intel·ligible el contingut, la durada, l'abast territorial i la identificació del garant; ha d'estar (a petició del consumidor) disponible per escrit o qualsevol altre suport durador; i ha d'especificar que la garantia no afecta els drets que legalment assisteixen al consumidor. Si els consumidors estiguessin informats, fins i tot d'una manera aproximada, dels seus drets conforme a la llei, només apareixerien en el mercat aquelles garanties que oferissin unes condicions més generoses que les previstes legalment. Ja que prestar una garantia és costós per al venedor (fins i tot només pel sol fet de redactar les clàusules pertinents), i que aquesta, si és més restrictiva que la garantia legal, no és efectiva a causa del caràcter imperatiu (unilateral) de la Directiva, els oferents tenen incentius per a informar de forma veraç del contingut de les seves garanties, oferint totes elles un nivell de protecció sempre superior al mínim legal. Els consumidors entendran correctament que aquells que no ofereixin cap garantia són empreses que únicament ofereixen la garantia legal mínima. En efecte, tindrà lloc un típic cas d'*unravelling*⁵². Que la ignorància dels consumidors sigui un supòsit raonablement assumit per la Directiva, ja que d'altra manera no seria necessària la revelació (i també innecessàriament costosa, si bé de forma probablement poc significativa), és una qüestió empírica per a la qual no tinc una resposta suficientment ben fonamentada.

L'art. 6.5 presenta, a més, una bona il·lustració de com el legislador pot usar el foment de l'oportunisme contractual per una de les parts per a dissuadir la vulneració d'una regla imperativa de Dret de contractes. Fins i tot si la garantia infringeix els requisits legals, el consumidor pot confiar en la seva validesa i exigir el seu compliment. Això implica que si una garantia conté una clàusula que violi les normes legals previstes a la Directiva i, per tant, no pot perjudicar el consumidor, però que també conté una clàusula que és més favorable per al consumidor que l'*statu quo* legal, el comprador pot, fins i tot d'una manera conscient, acceptar la garantia amb les restriccions i després reclamar contra l'oferent pels drets (més favorables) que li pertocuen en virtut de la garantia. Aquesta possibilitat de comportament estratègic del consumidor constitueix un poderós incentiu per a què l'oferent no eludeixi els requisits legals a què se subjecten les garanties contractuals.

6. Naturalesa imperativa o immodificable de la garantia legal

La literatura de l'anàlisi econòmica del Dret habitualment advoca a favor de regles jurídiques en els contractes que tene un caràcter merament dispositiu, és a dir, que només

⁵² Grossman (1981), Gertner (1998).

s'apliquen quan les parts no hagin arribat a una solució pactada en el contracte sobre el concret aspecte de referència. Res més que regles dispositives són necessàries per a estalviar costos de transacció i per a forçar la transferència d'informació quan aquest és l'obstacle per a contractar eficientment⁵³. Contràriament al que habitualment i equivocada creu la doctrina aliena al *law and economics*, també hi ha lloc per a les regles imperatives o immodificables⁵⁴. Aquestes poden servir per a protegir, o bé a les pròpies parts del contracte⁵⁵, o bé a terceres parts alienes al contracte però, això no obstant, afectades per aquest⁵⁶. Com que no hi ha indicis que els contractes de compravenda de béns de consum puguin típicament crear externalitats negatives significatives en subjectes aliens a aquests, restringiré l'anàlisi sobre la naturalesa imperativa de la garantia legal continguda a la Directiva al primer d'aquests dos possibles fonaments.

L'art. 7 de la Directiva determina que els drets del consumidor, que resulten de la garantia legal creada per la Directiva, no poden ser exclosos ni limitats, directament o indirectament. Queda clar que la garantia legal té una naturalesa imperativa (en sentit unilateral). Fins i tot, sense aquesta previsió a la Directiva, les renunciés o les limitacions de la garantia legal en condicions generals serien d'una validesa més que dubtosa, si és té en compte la redacció de la lletra (b) de l'annex a la Directiva 93/13/CE sobre clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors: una clàusula amb l'objecte o l'efecte d'excloure o limitar de forma inadequada els drets legals del consumidor respecte del professional o de qualsevol altra part en cas d'incompliment total o parcial, o de compliment defectuós de qualsevol de les obligacions contractuals, serà considerada abusiva i, per tant, no obligarà el consumidor.

Art. 7

"Carácter imperativo de las disposiciones

1. Las cláusulas contractuales o los acuerdos celebrados con el vendedor, antes de que se indique a éste la falta de conformidad, que excluyan o limiten directa o indirectamente los derechos conferidos por la presente Directiva, no vincularán al consumidor, con arreglo a lo establecido en el Derecho nacional.

Los Estados miembros podrán disponer que, tratándose de bienes de segunda mano, el vendedor y el consumidor podrán establecer cláusulas o acuerdos contractuales que fijen un plazo de

⁵³ Vegeu Ayres (1998).

⁵⁴ Les regles imperatives o immodificables poden ser bilaterals o unilaterals. Les últimes tan sols estableixen màxims i mínims, però no ambdós. Això significa que la regla pot ser modificada pel consentiment de les parts en un sentit, però no en l'oposat. La garantia legal creada per la Directiva és clarament immodificable en sentit unilateral, perquè la garantia no pot ser reduïda en contra del consumidor, però pot ser ampliada al seu favor.

⁵⁵ Els exemples típics de regles imperatives en el contracte dissenyades per a protegir les parts són les regles sobre formació del contracte, que cerquen assegurar amb una raonable fiabilitat que el contracte serà el resultat de la lliure expressió de les preferències de les parts. Les regles imperatives (com les restriccions a la prestació de garanties reals o personals, o els límits a l'executivitat forçosa sobre certs béns del deutor) poden servir d'alguna manera per a evitar una senyalització excessiva i ineficient per alguna de les parts d'un contracte: Aghion/Hermalin (1990).

⁵⁶ Si el contracte crea una externalitat negativa es requereix una regla imperativa per a corregir-la.

responsabilidad por parte del vendedor menor que el establecido en el apartado 1 del artículo 5. Dicho plazo no podrá ser inferior a un año.

2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección conferida por la presente Directiva por haberse optado por la legislación de un Estado no miembro como Derecho aplicable al contrato, cuando éste presente un vínculo estrecho con el territorio de los Estados miembros.”

El nostre punt de partida en l'anàlisi (punt de partida que, crec, serà amplament compartit) és el següent: la garantia legal en els béns de consum ha de constituir un règim dispositiu, llevat que existeixin bones raons per exigir un caràcter imperatiu. La preferència inicial per regles dispositives està, em sembla, ben fonamentada. No solament en els principis generals d'autonomia privada i autodeterminació, justament enaltits en el Dret del contracte i en la Teoria Econòmica, sinó també en les característiques pròpies dels mercats de garanties en els béns de consum: una garantia legal de naturalesa dispositiva pot aportar un alt nivell de protecció al consumidor i, alhora, pot complaure les sens dubte diverses preferències dels consumidors i dels venedors relatives a l'assegurança contra el risc de defectes en el producte o mal funcionament, ús del producte, o qualitat, així com les diferents situacions que afecten les asimetries d'informació entre les parts. També pot permetre la flexibilitat necessària per a superar els perills de risc moral i de selecció adversa que poden afectar el bon funcionament d'aquests mercats.

Malgrat la superioritat inicial de la configuració dispositiva, existeixen raons a favor d'una naturalesa més rigorosa de la garantia legal? Alguns dels arguments que poden avançar-se són els següents:

- Els consumidors no es dediquen a buscar clàusules contractuals que els concedeixin una adequada cobertura de garantia. Fins i tot si tinguessin una preferència per aquest propòsit, no aniran investigant quin venedor o productor els proporciona la garantia que desitgen. Els venedors, anticipant això, no oferiran el nivell de drets que els consumidors realment prefereixen, sinó que no assumiran cap tipus de garantia o una molt més pobre que la desitjada pels consumidors.
- Encara que els consumidors es preocupessin per les garanties contractuals, no podrien entendre les clàusules del contracte que tractessin de l'assumpte. Els consumidors podrien pensar que obtenen una garantia legal completa quan de fet aquesta garantia hauria estat eliminada o reduïda substancialment pel venedor.
- Els consumidors estan molt poc i mal informats sobre riscos. En concret, els consumidors infravaloren sistemàticament el risc de defecte o de mal funcionament en el producte. En conseqüència, exigirien (i pactarien al contracte) una cobertura de garantia inferior a aquella que els seria necessària (o, en termes lleugerament diferents, una garantia inferior a la que haurien sol·licitat si haguessin estat més ben informats).

Les dues primeres raons no semblen ser, en un pla teòric, massa convincents. Pel que fa a la falta d'investigació de clàusules de garantia, s'ha demostrat de manera incontestable⁵⁷ que, per a què els venedors satisfacin la preferència dels consumidors per una cobertura de garantia, no és necessari que molts consumidors, per no parlar ja de tots, vagin comparant i investigant fins a trobar la millor cobertura de garantia. Si els consumidors coneixen el risc de defecte del producte i tenen una preferència per la garantia, un petit nombre de consumidors que la busqués podria fer que els venedors oferissin el nivell de cobertura que volen els consumidors. Els venedors no guanyarien res negant als consumidors la protecció de la garantia que aquests realment prefereixen. Hi hauria un problema, si no hi hagués suficients compradors investigant i comparant, però aquest seria el de preus supracompetitius, i la seva solució no té res a veure amb la naturalesa imperativa de la garantia legal. La faltat d'habilitat per entendre les clàusules contractuals, per la seva part, exigiria com a mesura de solució uns majors i millors requisits d'informació i revelació en la publicitat i en la documentació del contracte. Però no fa econòmicament recomanable eliminar els beneficis de disposar d'una garantia legal merament dispositiva.

El tercer i últim argument té un major pes teòric. És cert que si els consumidors sistemàticament subestimen els riscos no sol·licitarien la quantitat òptima de cobertura de garantia i, en conseqüència, els productes serien menys fiables i duradors, més propensos a fallar que el que seria socialment desitjable. En teoria, un legislador perfectament informat està en condicions de corregir aquest error del mercat i millorar aquesta situació imposant una garantia legal que es correspongui de forma òptima amb els vertaders riscos subjacents.

La qüestió és si el supòsit de la infravaloració sistemàtica dels riscos⁵⁸ per part dels consumidors està empíricament ben fonamentat. Alguns⁵⁹ creuen que sí, mentre d'altres⁶⁰ qüestionen aquest supòsit. El problema és, òbviament, empíric i probablement la resposta no sigui uniforme per a les diferents classes de productes i de riscos de defecte. En qualsevol cas, la prova empírica necessària per a donar base a aquesta afirmació d'una infravaloració sistemàtica dels riscos, si existeix, no s'ha fet pública durant el procés legislatiu que ha conclòs amb la Directiva.

A més, encara que es pogués demostrar que, efectivament, la infravaloració de riscos existeix, és dubtós que el legislador pugui aportar en aquest cas millors solucions que el

⁵⁷ Schwartz/Wilde (1983).

⁵⁸ Ha de tenir-se present que la consistència de l'argument requereix que la infravaloració dels riscos de mal funcionament del producte sigui persistent per part dels consumidors. Si alguns consumidors escollits aleatòriament infravaloren el risc però d'altres el sobrevaloren, o si els consumidors infravaloren i sobrevaloren els riscos de forma aleatòria, l'argument no pot sostenir-se. Les variacions aleatòries de les estimacions del risc, si no estan esbiaixades, condueixen en conjunt cap al mateix resultat que les estimacions precises del risc per part dels consumidors.

⁵⁹ Eisenberg (1995) i els autors que s'hi citen.

⁶⁰ Schwartz/Wilde (1983), Shavell (1987).

mercat (imperfecte) o, com a mínim, que la Directiva sigui capaç de fer-ho millor: és obvi que la cobertura d'una garantia imperativa homogènia no pot ser òptima donada la multiplicitat de productes, riscos de defecte i tipus de consumidors que estan subjectes al règim imperatiu creat per la Directiva. Una regla més diversificada requeriria una enorme quantitat d'informació per al seu disseny i la seva aplicació, una informació que es fa difícil imaginar que pugui adquirir i processar qualsevol legislador del món real (el comunitari fins i tot).

En resum, els arguments econòmics a favor d'una garantia legal de caràcter imperatiu no semblen globalment convincents. Des d'un punt de vista econòmic, per tant, un règim dispositiu que contemplés un conjunt de drets dels consumidors en cas de defecte en el producte hagués estat preferible. A més, el caràcter immodificable de la garantia no només implicarà un augment dels preus dels béns de consum, sinó que, si les preferències per la cobertura de garantia són heterogènies entre els consumidors (cosa que és molt plausible suposar), alguns consumidors es veuran perjudicats per la introducció de la garantia legal de naturalesa imperativa⁶¹.

• Conclusió

L'assegurança contra els defectes del producte, la senyalització d'informació i la provisió d'incentius per a la reducció del risc de mal funcionament del producte són les raons econòmiques que justifiquen l'ús de garanties en els contractes sobre béns de consum. Tanmateix, el que és òptim en aquestes tres dimensions no pot aconseguir-se fàcilment de forma simultània. Per tant, es fa necessari recórrer a solucions intermitges i a alternatives de segona opció per a conservar i fomentar els beneficis de les garanties en els aspectes de l'assegurança, la senyalització i els incentius.

A la llum d'aquest fet, sembla clar que un legislador que intenti dissenyar un règim legal òptim sobre les garanties en la compravenda de béns de consum té per endavant una tasca difícil. A la Directiva 1999/44/CE estan implícites consideracions sobre l'assegurança, la senyalització i els incentius, i la teoria econòmica de les garanties es manifesta útil (o almenys, això és el que hem intentat demostrar en aquestes pàgines) per a comprendre les implicacions de les seves principals regles. L'àmbit d'aplicació de la Directiva apareix, en aquest sentit, com a excessiu, ja que els béns únics no s'adeqüen bé a les funcions econòmiques de les garanties. La noció de falta de conformitat juga un paper clau en l'esquema general de la Directiva i la seva lògica econòmica subjacent és innegable. El sistema d'accions, ordenat en dos nivells, també es mostra consistent amb les principals troballes de la teoria econòmica de les garanties i, a més, amb les solucions que preveu l'economia de l'incompliment contractual. Les regles sobre la durada de la garantia, tanmateix, semblen massa inflexibles i depenents de factors sense cap mena de sentit, com

⁶¹ Vegeu Craswell (1991).

ara el fet que el bé sigui de segona mà. Finalment, la garantia legal imperativa unilateral introduïda per la Directiva representa un rudimentari instrument de política jurídica per a corregir els errors del mercat que puguin presentar-se en els mercats de béns de consum. És un obstacle innecessari al valuós paper que tenen les forces del mercat i les negociacions entre les parts contractuals per a trobar solucions mútuament satisfactòries pel que fa al disseny de la cobertura de la garantia.

Cal esmentar un darrer aspecte en aquestes observacions finals. L'art. 12 de la Directiva, quasi de passada, es refereix a un tema important: la responsabilitat directa del productor en cas de mal funcionament del producte.

Art. 12. "Revisión

A más tardar el 7 de julio de 2006, la Comisión procederá al examen de la aplicación de la presente Directiva y presentará un informe al respecto al Parlamento Europeo y al Consejo. Dicho informe examinará, entre otros elementos, si procede introducir la responsabilidad directa del productor y, si procede, irá acompañado de propuestas."

L'art. 4 també aborda lateralment aquest problema quan preveu que el venedor final, en el cas que la falta de conformitat fos atribuïble al fabricant o a algun intermediari, pugui emprendre accions contra els responsables⁶².

Art. 4. "Recursos

Cuando el vendedor final deba responder ante el consumidor por falta de conformidad resultante de una acción u omisión del productor, de un vendedor anterior perteneciente a la misma cadena contractual o de cualquier otro intermediario, el vendedor final podrá emprender acciones contra la persona responsable en la cadena contractual. La legislación nacional determinará quién es el responsable, o los responsables, contra los que podrá emprender acciones el vendedor final, así como las acciones y las condiciones de ejercicio correspondientes."

Alguns analistes econòmics⁶³ tendeixen a afavorir la visió que la responsabilitat directa del fabricant fomentaria els incentius d'aquells que controlen en darrera instància les decisions sobre el risc de defecte del producte (és a dir, el propi fabricant) i, a més, donaria al productor els incentius adequats per a evitar inclinacions perverses de fer ús de minoristes infracapitalitzats i potencialment insolvents⁶⁴. Altres⁶⁵ argumenten que els beneficis de subvertir el principi de relativitat del contracte en aquest àmbit són, com a molt, especulatius, mentre que els costos de transacció i els costos de litigis poden incrementar-se

⁶² La remissió a les legislacions nacionals i el paper de la llibertat contractual en aquest àmbit matisen significativament l'impacte d'aquesta previsió.

⁶³ Parisi (2001).

⁶⁴ Si els minoristes no respondran davant les reclamacions dels consumidors arran dels defectes del producte, els drets dels consumidors (en absència de responsabilitat directa del productor) resulten substancialment il·lusoris. A més, això curtcircuitaria la cadena d'incentius a la reducció del risc de mal funcionament del producte: l'impacte de la responsabilitat no arribaria a tocar la posició del fabricant.

⁶⁵ Schwartz/Scott (1991), p. 208.

amb molta probabilitat: el risc de fallida dels minoristes és típicament baix, i el nivell de les pèrdues dels consumidors a causa del funcionament defectuós del producte és també baix⁶⁶. I si les relacions contractuals entre fabricants i minoristes habitualment assignen a aquests últims els costos de les reclamacions del consumidor, la introducció de la responsabilitat directa del productor enfront del consumidor equivaldria simplement a un substancial augment dels costos de transacció i, eventualment, dels costos de litigi entre els fabricants i els minoristes.

⁶⁶ Òbviamment, la mort i els danys personals són un problema força diferent, però queden subjectes al dret de responsabilitat per productes defectuosos en el qual la responsabilitat directa del fabricant no es discuteix.

• Bibliografia

ADLER, Barry (1999) "The Questionable Ascent of *Hadley v. Baxendale*" 51 *Stanford Law Review* 1547-1589.

AGHION, Phillipe/ HERMALIN, Benjamin (1990) "Legal Restrictions on Private Contracts Can Enhance Efficiency" 6 *Journal of Law, Economics and Organization* 381-409.

AKERLOF, George (1970) "The Market for *Lemons*: Quality Uncertainty and the Market Mechanism", 84 *Quarterly Journal of Economics* 488-500.

ARRUÑADA, Benito (2001) *A Contractual Theory of the Firm*, Cambridge: Cambridge University Press (inédito).

AYRES, Ian (1998) "Default rules for incomplete contracts", en Peter Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. I, London: MacMillan.

AYRES, Ian/ GERTNER, Robert (1989) "Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules", 99 *Yale Law Journal* 87-130.

----- (1992) "Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules" 101 *Yale Law Journal* 729-773.

BEBCHUK, Lucian/ SHAVELL, Steven (1991) "Information and the Scope of Liability for Breach of Contract: The Rule of *Hadley v. Baxendale*" 7 *Journal of Law, Economics and Organization* 284-312.

COOTER, Robert (2000) *The Strategic Constitution*. Princeton (N. J.): Princeton University Press.

CRASWELL, Richard (1991) "Passing On the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships" 43 *Stanford Law Review* 361-398.

EISENBERG, Melvin Aron (1995) "The Limits of Cognition and the Limits of Contract" 47 *Stanford Law Review* 211-259.

EMONS, Winand (1989a) "On the Limitation of Warranty Duration", 37 *Journal of Industrial Economics* 287-301.

----- (1989b) "The Theory of Warranty Contracts", 3 *Journal of Economic Surveys* 43-57.

GAL-OR, Esther (1989) "Warranties as a Signal of Quality", 22 *Canadian Journal of Economics* 50-61.

GERTNER, Robert (1998) "Disclosure and unravelling", en Peter Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. I, London: MacMillan.

GOMEZ, Fernando (2001) *Transmisión de información e incumplimiento contractual: la limitación de responsabilidad a los daños previstos o previsibles*, Madrid: Cívitas (inédito).

GROSSMAN, Sanford (1981) "The Informational Role of Warranties and Private Disclosure about Product Quality", 24 *Journal of Law and Economics* 461-483.

GRUNDMANN, Stefan/ MEDICUS, Dieter/ ROLLAND, Walter (2000) *Europäisches Kaufgewährleistung. Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts*. Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns.

KAPLOW, Louis (1995) "A Model of the Optimal Complexity of Legal Rules", 11 *Journal of Law, Economics and Organization* 150-163.

----- (2000) "General Characteristics of Rules", en Boudewijn Bouckaert y Gerrit de Geest (eds.), *The Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. V, Cheltenham: Edward Elgar.

KERBER, Wolfgang (2000) "Rechtseinheitlichkeit und Rechtsvielfalt aus ökonomischer Sicht", en Stefan Grundmann (ed.), *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck.

KIRCHNER, Christian (1998) "The Principle of Subsidiarity in the Treaty of the European Union: A Critique from a Perspective from Constitutional Economics", 6 *Tulane Journal of International and Comparative Law* 291-308.

----- (2000) "Ein Regelungsrahmen für Rechtseinlichkeit und Rechtsvielfalt in der Gemeinschaft", en Stefan Grundmann (ed.), *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck.

KLEIN, Benjamin/ LEFFLER, Keith (1981) "The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance", 89 *Journal of Political Economy* 615-641.

MACHO-STADLER, Inés/ PEREZ-CASTRILLO, David (1997) *An Introduction to the Economics of Information. Incentives and Contracts*, Oxford: Oxford University Press.

MARTINEK, Michael (2000) "Unsystematische Überregulierung und konstraintentionale Effekte im Europäischen Verbraucherschutzrecht oder: Weniger wäre mehr", en Stefan Grundmann (ed.), *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck.

MEDICUS, Dieter (1996) "Ein neues Kaufrecht für Verbraucher ?", 46 *Zeitschrift für Internationales Privatrecht* 1925-1930.

NELSON, Philip (1970) "Information and Consumer Behavior" 78 *Journal of Political Economy* 311-329.

PARISI, Francesco (2001) "The Harmonization of Legal Warranties in European Law: An Economic Analysis", Law and Economics Working Paper Series, George Mason University School of Law (descargable en <http://papers.ssrn.com/abstracts=276993>).

POLINSKY, A. Mitchell (1983) "Risk Sharing Through Breach of Contract Remedies", 12 *Journal of Legal Studies* 427-444.

PRIEST, George (1981) "A Theory of Consumer Product Warranty" 90 *Yale Law Journal* 1297-1352.

SCHÄFER, Hans-Bernd (2000) "Grenzen des Verbraucherschutzes und adverse Effekte des Europäischen Verbraucherrechts", en Stefan Grundmann (ed.), *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck.

SCHÄFER, Hans-Bernd/ OTT, Claus (2000) *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 3ª ed. Berlin: Springer.

SCHWARTZ, Alan/ SCOTT, Robert E. (1991) *Commercial Transactions: Principles and Policies*, 2ª ed. Westbury (N. Y.): Foundation Press.

SCHWARTZ, Alan/ WILDE, Louis (1983) "Imperfect Information in the Markets for Contract Terms: The Examples of Warranties and Security Interests" 69 *Virginia Law Review* 1387-1484.

SHAVELL, Steven (1987) *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge (Ma.): Harvard University Press.

----- (no publicado) *Principles of Law and Economics*, Harvard Law School (on file with the author).

SPENCE, A. Michael (1977) "Consumer Misperceptions, Product Failure and Product Liability", 44 *Review of Economic Studies* 561-572.

WEHRT, Klaus (2000) "Warranties", en Boudewijn Bouckaert y Gerrit de Geest (eds.), *The Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. II, Cheltenham: Edward Elgar.